

# N&R

## Netzwirtschaften & Recht

Energie, Telekommunikation,  
Verkehr und andere Netzwirtschaften

5/2024

S. 213 – 276

21. Jahrgang

Herausgegeben von  
Achim Berg  
Wilhelm Eschweiler  
Andrees Gentzsch  
Barbie Kornelia Haller  
Martin Henke  
Wolfgang Kopf  
Stephan Korehnke  
Matthias Kurth  
Jochen Mohr  
Klaus Müller  
Andreas Mundt  
Birgit Ortlieb  
Stefan Richter  
Franz Jürgen Säcker  
Christian Seyfert  
Geschäftsführender  
Herausgeber  
Christian Koenig  
Schriftleitung  
Institut für das Recht  
der Netzwirtschaften,  
Informations- und  
Kommunikations-  
technologie (IRNIK)  
www.nundr.net

- |   |   |     |
|---|---|-----|
| ■ | <i>Barbie Kornelia Haller</i><br>Ein Wasserstoffkernnetz für Deutschland  | 213 |
| ■ | <i>Bernd Sörries/Lorenz Nett</i><br>Entwicklung von 5G-Campusnetzen:<br>Besteht frequenzregulatorischer Handlungsbedarf?  | 214 |
| ■ | <i>Lothar H. Fiedler/Lorenz Wachinger</i><br>Das Recht des straßengebundenen Verkehrs<br>in den Jahren 2023/2024  | 219 |
| ■ | <i>Hubertus Gersdorf</i><br>Verfassungsrechtlicher Rahmen für die DB InfraGO AG   | 228 |
| ■ | <i>Urs Kramer</i><br>Die Entwicklung des Eisenbahnrechts<br>in den Jahren 2023/2024   | 231 |
| ■ | <i>Christian Koenig/Carlos Deniz Cesarano</i><br>Marktmachtmissbrauch durch die Verweigerung<br>auskömmlicher Vertriebsprovisionen für<br>digitale Mobilitätsplattformen im Eisenbahnsektor | 244 |
| ■ | <i>Johann Ante</i><br>Anmerkung zum Beschluss des OLG Hamm:<br>gerichtliche Spezialzuständigkeit bei<br>energierechtsrechtlichen Vorfragen  | 252 |
| ■ | <i>Benedikt Kind</i><br>Anmerkung zum Beschluss des VG Köln:<br>Umfang des Anspruchs auf offenen<br>Netzzugang bei Bestandsinfrastruktur  | 261 |
| ■ | <i>Andreas Neumann</i><br>Anmerkung zum Urteil des BVerwG:<br>postrechtliche Genehmigung der Entgelte<br>für Universaldienstleistungen  | 272 |

das letztgenannte Begehren das erstgenannte bereits vom Ansatz her nicht umfassen. Auf die Anträge, die der Kläger in dem von ihm nach Klageerhebung geführten gerichtlichen Eilverfahren gestellt hat, kommt es in diesem Zusammenhang nicht an.

- 46 Eine verfahrensrechtliche Regelung, nach der im vorliegenden Fall das Fehlen der behördlichen Vorbefassung unerheblich sein könnte, ist nicht ersichtlich. Die Beklagte hat die erforderliche Rüge im Revisionsverfahren erhoben. Ihre weiteren sachlichen Einlassungen haben in diesem Zusammenhang bloßen Hilfscharakter.
- 47 b. Dem Kläger fehlt zudem für das mit dem Revisionsantrag zu 1.2 verfolgte Begehren die nach § 42 Abs. 2 VwGO erforderliche Klagebefugnis. Selbst wenn § 44 Satz 2 PostG i. V. m. § 71 TKG 1996 der Ansicht des Klägers entsprechend geeignet wäre, eine an das regulierte Unternehmen gerichtete Aufforderung

der Bundesnetzagentur zur Stellung eines Entgeltgenehmigungsantrags zu tragen, könnte sich ein Kunde des regulierten Unternehmens hierauf in der hier bestehenden Konstellation nicht berufen. Insoweit kann auf die obigen Ausführungen zum Umfang des Drittrechtsschutzes im Rahmen der postrechtlichen ex ante-Entgeltgenehmigung verwiesen werden.

3. Der Kläger hat die Revisionsanträge zu 2.1 und 2.2 als Fortsetzungsfeststellungsanträge hilfsweise für den Fall gestellt, dass der Senat eine Erledigung der Revisionsanträge zu 1.1 und zu 1.2 annehmen sollte. Da, wie sich aus den bisherigen Darlegungen ergibt, eine solche Erledigung nicht eingetreten ist, ist eine Entscheidung über die Fortsetzungsfeststellungsbegehren nicht veranlasst. 48
- [...]

Andreas Neumann

## Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 12. Juni 2024 – Az. 6 C 9.22

### I. Problem

In Bezug auf die Entgeltregulierung nimmt der Postsektor eine Sonderstellung unter den vorabregulierten Netzwirtschaften ein. Während im Energie-, Telekommunikations- und Eisenbahnsektor schon seit geraumer Zeit eine behördliche Ex-ante-Preis- und Entgeltkontrolle nur noch auf Vorleistungsebene erfolgt, erstreckt sich die postrechtliche Entgeltregulierung weit in den Endkundenbereich hinein: Nach § 19 S. 1 PostG 1998 bedürften Entgelte, die ein Lizenznehmer auf einem von ihm beherrschten Markt für lizenzpflichtige Postdienstleistungen erhebt, der Genehmigung durch die Regulierungsbehörde.<sup>1</sup> Bei lizenzpflichtigen Postdienstleistungen handelte es sich grundsätzlich<sup>2</sup> um die für andere erbrachte gewerbsmäßige Beförderung von Briefsendungen mit einem Einzelgewicht von höchstens 1000 Gramm (§ 5 Abs. 1 i. V. m. § 4 Nr. 1 PostG 1998). Dabei transportiert das marktbeherrschende Unternehmen jährlich nach wie vor rund neun Milliarden lizenzpflichtige Briefsendungen,<sup>3</sup> wovon mehr als 600 Millionen Sendungen auf die Privatkundschaft (einschließlich Kleinstunternehmen) entfallen.<sup>4</sup> Damit erschließt sich ohne weiteres die erhebliche praktische Relevanz, die entsprechenden Entgeltgenehmigungen der Bundesnetzagentur zukommt.

Auch wenn Portoerhöhungen traditionell unpopulär sind,<sup>5</sup> korrespondiert diese auf den Gesamtsektor bezogene Bedeutung allerdings nicht ohne weiteres mit der individuellen Bedeutung für den einzelnen Postkunden. Das ergibt sich aus den überschaubaren Kosten, die der durchschnittliche Haushalt für Briefsendungen aufwenden muss.<sup>6</sup> Anders stellt sich die Situation zwar für gewerbliche Großversender dar, die einen erheblichen Teil der Gesamtsendungsmenge ausmachen. Diese nehmen aber auch oftmals spezielle Entgelte in Anspruch, die nicht der Genehmigungspflicht unterliegen.<sup>7</sup> Damit haben die meisten Postkunden, die genehmigte Entgelte für Postdienstleistungen zahlen müssen, einen nur sehr schwachen Anreiz, eine entsprechende Genehmigung gerichtlich überprüfen zu lassen. Dementsprechend wurde die Entwicklung der Rechtsprechung in diesem Bereich auch nicht in erster Linie durch Klagen von Privatpersonen vorangetrieben. Vielmehr werden seit über 20 Jahren die maßgeblichen Verfahren – einschließlich des Prozesses, der dem hier besprochenen Urteil zugrunde liegt – von einem eingetragenen Verein betrieben,

dessen Mitglieder Unternehmen sind, die selbst Postdienstleistungen, insbesondere Express- und Kurierdienstleistungen, erbringen. Zwar verteidigt der Verein in diesen Verfahren unmittelbar nur seine Stellung als Postkunde, der für eigene Zwecke entsprechende Beförderungsleistungen in Anspruch nimmt.<sup>8</sup> Es dürfte jedoch einiges dafür sprechen, dass das Wettbewerbsverhältnis, das zwischen dem Konzern des marktbeherrschenden Postunternehmens und den Mitgliedsunternehmen des Vereins auf anderen Märkten (insbesondere der Paketbeförderung) besteht, zu einer darüber hinausgehenden (legitimen) Motivation hinter den Klageverfahren des Vereins beiträgt.

Weiter erschwert wurde die gerichtliche Überprüfung von postrechtlichen Entgeltgenehmigungen aber durch die besondere prozessuale Situation der Postkunden. Denn diese sind nicht selbst Adressaten der Entgeltgenehmigung,<sup>9</sup> die sich nur an das regulierte Postunternehmen richtet. Ob Postkunden eine Entgeltgenehmigung einer gerichtlichen Kontrolle zuführen können, hängt daher davon ab, ob sie selbst durch einen solchen Verwaltungsakt in subjektiven Rechten verletzt sein können. Das ist im Sinne der klassischen Schutznormtheorie der Fall, wenn sie sich auf eine öffentlich-rechtliche Norm stützen können, die nach dem in ihr enthaltenen Entscheidungsprogramm (zumindest auch) sie als Dritte

1 Die Genehmigungspflicht galt nach § 19 S. 2 PostG 1998 nicht für spezielle Entgelte für Einlieferungsmengen von mindestens 50 Briefsendungen (Großkundenrabatte), siehe hierzu *Sedemund*, in: Beck'scher PostG-Kommentar, 2. A., 2004, § 19 Rn. 145.

2 Ausnahmen wurden in § 5 Abs. 2 PostG 1998 definiert, etwa für Verrichtungs- und Erfüllungsgehilfen von Lizenznehmern (Nr. 1).

3 Bundesnetzagentur, Tätigkeitsbericht Post 2022/2023, 2023, S. 11.

4 Siehe Bundesnetzagentur (Fn. 3), S. 18.

5 *Holzengel*, N&R 2020, 317.

6 Im Jahr 2019 gaben die privaten Haushalte in Deutschland durchschnittlich 3,60 Euro im Monat für Postdienstleistungen wie den Brief- und Paketversand aus (und damit sogar 40 Cent weniger als noch 2014), siehe Statistisches Bundesamt, Pressemitteilung Nr. 480 v. 3.12.2020.

7 Siehe Fn. 1.

8 Vgl. BVerwG, N&R 2015, 307, 308 Rn. 16 (Urt. v. 5.8.2015 – Az. 6 C 8.14); OVG Münster, N&R 2014, 116, 117 (Urt. v. 9.12.2013 – Az. 13 A 476/08).

9 OVG Münster, N&R 2014, 116, 117 (Urt. v. 9.12.2013 – Az. 13 A 476/08); 2009, 134 (Beschl. v. 19.3.2009 – Az. 13 A 476/08-478/08); VG Köln, Urt. v. 16.11.2007 – Az. 22 K 3808/03, Rn. 18 ff. (NRWE).

schützt.<sup>10</sup> Die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung verfolgte insoweit lange Zeit eine sehr restriktive Linie.<sup>11</sup> Zwar gingen die Gerichte stets davon aus, dass sich aus der Privatautonomie nach Art. 2 Abs. 1 GG das Recht ergibt, den Inhalt von Verträgen und damit auch die Entgelte frei auszuhandeln,<sup>12</sup> und die Genehmigung nach § 23 Abs. 1 und 2 PostG privatrechtsgestaltende Wirkung hat, indem in den Beförderungsverträgen an die Stelle eines frei vereinbarten Entgelts ein hoheitlich festgelegtes Entgelt tritt.<sup>13</sup> Die Instanzrechtsprechung hielt es aber für ausreichend, dass die Genehmigungspflicht als solche verfassungskonform ist.<sup>14</sup> Erst nach einer Intervention des BVerfG<sup>15</sup> erhielt das BVerwG die Gelegenheit, diese Auffassung zu korrigieren:<sup>16</sup> Das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG verlange nicht nur, dass eine die allgemeine Handlungsfreiheit einschränkende Norm verfassungsgemäß ist, sondern auch die objektiv rechtmäßige Anwendung dieser Norm. Deshalb sei die einem Postunternehmen erteilte Entgeltgenehmigung auf die von einem Dritten erhobene Anfechtungsklage hin auf ihre Übereinstimmung mit den postrechtlichen Vorschriften über die Entgelthöhe zu überprüfen, sofern der Dritte die entgeltregulierten Leistungen aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags mit dem Postunternehmen in Anspruch nimmt.

In der Folge verlagerte sich die Auseinandersetzung dann vorläufig auf die postrechtlichen Vorschriften über die Entgelthöhe. Auch hier musste sich der klagende Verein erst gegen eine zurückhaltende Rechtsprechung des VG Köln durchsetzen, das seine Klage gegen die Genehmigung der Entgelte für Standardbriefe für den Zeitraum von 2016 bis 2018<sup>17</sup> zunächst abwies.<sup>18</sup> Erneut nahm (erst) das BVerwG – wenngleich nunmehr auf die Sprungrevision des Klägers hin ohne weitere Umwege – eine Kurskorrektur vor, indem es entschied, dass mit § 3 Abs. 2 S. 2 PEntGV 2015 eine Grundlage der Entgeltgenehmigung unwirksam und jene damit rechtswidrig war.<sup>19</sup>

An diese höchstrichterliche Rechtsprechung anknüpfend gab das VG Köln der weiteren Klage des Vereins gegen die Genehmigung bestimmter Briefentgelte für den Zeitraum von Mitte 2019 bis Ende 2021<sup>20</sup> statt.<sup>21</sup> In den Fokus rückte jetzt allerdings ein weiterer Umstand, der zu dem hier besprochenen Urteil des BVerwG führte. Bereits hinsichtlich der zuvor umstrittenen Genehmigung für den Zeitraum von 2016 bis 2018 hatte der klagende Verein nämlich auch das Schicksal der einzelnen Beförderungsverträge in den Blick genommen. Da es nach gerichtlicher Aufhebung der Entgeltgenehmigung rückwirkend in den durchgeführten Beförderungsverträgen an einem genehmigten Entgelt fehlte, stellte sich nämlich die Frage, ob und auf welche Weise das tatsächlich bezahlte Entgelt dem erfolgreichen Kläger zu erstatten ist. In seinem Urteil zu der Genehmigung für den Zeitraum von 2016 bis 2018 verweigerte das BVerwG die seinerzeit begehrte Feststellung, dass die Bundesnetzagentur öffentlich-rechtlich verpflichtet sei, die aufgrund der Rechtswidrigkeit der Entgeltgenehmigung zu viel vereinnahmten Entgelte im Wege der Mehrerlösabschöpfung als Folgenbeseitigung abzuschöpfen.<sup>22</sup> Insbesondere träten die Rechtsfolgen der Aufhebung einer Entgeltgenehmigung auf dem Gebiet des Zivilrechts ein.<sup>23</sup> Die Rückabwicklung der nach § 23 Abs. 2 S. 2 PostG 1998 unwirksamen Verträge richte sich nach dem Recht der ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812 ff. BGB) und müsse von dem Kläger im Wege der Zahlungsklage vor den ordentlichen Gerichten betrieben werden.<sup>24</sup>

Der klagende Verein erachtete diese Vorgehensweise als problematisch:<sup>25</sup> Da er sich den Wert der erlangten Beförderungsleistung anrechnen lassen müsse, könne er nicht den vollen Portobetrag zurückfordern. Ohne Neugenehmigung sei es ihm, wenn überhaupt, nur unter erheblichen Risiken möglich, in einer auf ungerechtfertigte Bereicherung gestützten Rückforderungsklage vor den Zivilgerichten die Höhe des insoweit rechtmäßigen Entgelts für die erbrachten Beförderungsleistungen darzulegen und nachzuweisen, aus der sich gerade deren Wert ergebe. Einer solchen Neugenehmigung bedürfe es außerdem, weil er sonst nicht wissen könne, welchen Betrag er für bereits erbrachte und während des (ursprünglichen)

Geltungszeitraums der Genehmigung noch in Anspruch genommene Beförderungsleistungen schulde. Auch könne er wegen der Unwirksamkeit, die § 23 Abs. 2 S. 2 PostG 1998 bei fehlender Genehmigung anordne, überhaupt keine wirksamen Beförderungsverträge mehr abschließen, obwohl er nach § 3 PDLV 2001 jedenfalls in Bezug auf die Universaldienstleistungen<sup>26</sup> einen entsprechenden Anspruch habe. Er verband seine Klage gegen die Entgeltgenehmigung für den Zeitraum von Mitte 2019 bis Ende 2021 daher auch mit weitergehenden Anträgen, die im Ergebnis vor allem auf den Erlass einer neuen Entgeltgenehmigung im Verhältnis zwischen ihm und dem marktbeherrschenden Postunternehmen gerichtet waren: Entweder sollte die Bundesnetzagentur den der bisherigen Genehmigung zugrundeliegenden Entgeltantrag in diesem Verhältnis neu bescheiden oder das Postunternehmen auffordern, diesbezüglich einen neuen Antrag zu stellen.<sup>27</sup>

Das VG Köln hat die Klage insoweit mangels Klagebefugnis abgewiesen: Postkunden hätten keinen Anspruch auf eine Verpflichtung der Bundesnetzagentur zur Neubescheidung eines Entgeltgenehmigungsantrags<sup>28</sup> und dementsprechend auch nicht auf ihre Verpflichtung, das Postunternehmen zum Stellen eines diesbezüglichen Antrags aufzufordern.<sup>29</sup> Darüber hinaus fehle es hinsichtlich einer solchen Aufforderungsverpflichtung auch an dem erforderlichen Antrag im Verwaltungsverfahren und an einer Rechtsgrundlage für eine derartige Aufforderung.

- 10 BVerwG, N&R 2008, 87, 87 f. Rn. 11 (Urt. v. 28.11.2007 – Az. 6 C 42.06). Diese Schutznormtheorie wird zuletzt insbesondere durch unionsrechtliche Einflüsse gerade im Netzwirtschaftsrecht aber zunehmend extensiv angewendet, siehe etwa BVerwG, Urt. v. 20.10.2021 – Az. 6 C 8.20, Rn. 22 ff.
- 11 Vgl. für die Entwicklung bis 2011 *Neumann*, LTO-Beitrag „Postporto war zu hoch“ v. 6.8.2015; N&R-Beilage 4/2011, 1, 7.
- 12 Siehe etwa VG Köln, Urt. v. 16.11.2007 – Az. 22 K 3808/03, Rn. 18 ff. (NRWE).
- 13 BVerwG, N&R 2015, 307, 307 Rn. 12 (Urt. v. 5.8.2015 – Az. 6 C 8.14); OVG Münster, N&R 2014, 116, 117 f. (Urt. v. 9.12.2013 – Az. 13 A 476/08); VG Köln, Urt. v. 16.11.2007 – Az. 22 K 3808/03, Rn. 21 (NRWE).
- 14 Siehe etwa OVG Münster, N&R 2014, 116, 121 (Urt. v. 9.12.2013 – Az. 13 A 476/08); 2009, 134, 135 (Beschl. v. 19.3.2009 – Az. 13 A 476/08–478/08); VG Köln, Urt. v. 16.11.2007 – Az. 22 K 3808/03, Rn. 27 ff. (NRWE).
- 15 BVerfG, N&R-Beilage 4/2011, 8, 9 Rn. 33, 35 (Beschl. v. 22.8.2011 – Az. 1 BvR 1764/09). Der BGH hatte zuvor eine zivilgerichtliche Überprüfung angesichts der hoheitlichen Entgeltgenehmigung für ausgeschlossen erachtet, BGH, WRP 2007, 1359, 1362 Rn. 27 ff. (Urt. v. 14.6.2007 – Az. I ZR 125/04).
- 16 Zum Folgenden: BVerwG, N&R 2015, 307, 308 Rn. 20 f. (Urt. v. 5.8.2015 – Az. 6 C 8.14) (hierzu auch *Neumann*, LTO-Beitrag „Postporto war zu hoch“ v. 6.8.2015); bestätigt durch BVerwG, N&R 2020, 310, 311 Rn. 21 f. (Urt. v. 27.5.2020 – Az. 6 C 1.19); in der Sache ebenso bereits *Lemberg*, N&R 2014, 124, 126. Dogmatische Kritik an diesem Ansatz bei *Ludwigs*, N&R 2020, 1.
- 17 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 4.12.2015 – Az. BK5-15/042.
- 18 VG Köln, Urt. v. 4.12.2018 – Az. 25 K 7243/15.
- 19 BVerwG, N&R 2020, 310, 314 ff. Rn. 43 ff. (Urt. v. 27.5.2020 – Az. 6 C 1.19) m. Anm. *Holznel*.
- 20 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 12.12.2019 – Az. BK5-19/013.
- 21 VG Köln, N&R 2022, 313 (Urt. v. 17.8.2022 – Az. 21 K 273/20).
- 22 BVerwG, N&R 2020, 310, 316 Rn. 63 ff. (Urt. v. 27.5.2020 – Az. 6 C 1.19).
- 23 Hierzu und zum Folgenden BVerwG, N&R 2020, 310, 316 Rn. 67 (Urt. v. 27.5.2020 – Az. 6 C 1.19).
- 24 So auch *Lübbig*, in: Beck'scher PostG-Kommentar (Fn. 1), § 23 Rn. 41 und 44.
- 25 Hierzu und zum Folgenden VG Köln, Urt. v. 17.8.2022 – Az. 21 K 273/20, Rn. 14 (NRWE).
- 26 Zu diesen gehörte nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 PUDLV 1999 u. a. die Beförderung von Briefsendungen mit einem Gewicht von bis zu 2000 Gramm.
- 27 Auf den darüber hinaus auch im Revisionsverfahren noch gestellten Hilfsantrag, mit dem festgestellt werden sollte, dass die Weigerung der Bundesnetzagentur zu einer solchen Neubescheidung bzw. Aufforderung rechtswidrig gewesen sei, soll im Folgenden nicht weiter eingegangen werden.
- 28 VG Köln, N&R 2022, 313, 315 f. (Urt. v. 17.8.2022 – Az. 21 K 273/20).
- 29 Hierzu und zum Folgenden VG Köln, N&R 2022, 313, 316 (Urt. v. 17.8.2022 – Az. 21 K 273/20).

## II. Entscheidung

Das BVerwG bestätigt in der hier besprochenen Entscheidung nun diese Einschätzung des VG Köln.

### 1. Keine Klagebefugnis für eine Neubescheidung

#### a) Vorliegen eines inter partes bescheidungs-fähigen Genehmigungsantrags?

Dabei lässt das BVerwG zunächst die Frage offen, ob überhaupt ein Genehmigungsantrag vorliegt, der beschränkt auf das Verhältnis zwischen dem marktbeherrschenden Postunternehmen und dem Kläger neu beschieden werden könnte (Rn. 26). Konstruktiv erscheine es durchaus möglich, in dem ursprünglich auf eine Wirkung gegenüber allen Postkunden (*erga omnes*) gerichteten Genehmigungsantrag einen Antrag enthalten zu sehen, der auf das Verhältnis zu einem bestimmten Postkunden (*inter partes*) (als Teil der Gesamtheit aller Kunden) bezogen ist, wenn die Genehmigung nachträglich allein in diesem Verhältnis gerichtlich aufgehoben wird (Rn. 27).

Einem solchen Verständnis könne aber möglicherweise die bisherige Rechtsprechung des BVerwG entgegenstehen (Rn. 26 f.). Dieser zufolge können, erstens, im Ansatz nur einheitliche, nicht im Hinblick auf einzelne Rechtsverhältnisse differenzierte Entgelte zur Genehmigung gestellt werden.<sup>30</sup> Und ihr zufolge sei, zweitens, der Bestand der privatrechtsgestaltenden Entgeltgenehmigung gegen einseitige Einflussnahmen des regulierten Unternehmens gesichert,<sup>31</sup> so dass eine ggf. erforderliche Korrektur oder Ergänzung des Antrags in dem betroffenen Rechtsverhältnis evtl. nicht mehr in Betracht käme (vgl. Rn. 27).

Beide Bedenken scheinen tatsächlich nicht unüberwindbar. Sicher ist es richtig, dass die Frage, ob eine Entgeltgenehmigung den materiell-rechtlichen Anforderungen entspricht, nur einheitlich und unabhängig von den jeweils betroffenen Rechtsverhältnissen beurteilt werden kann.<sup>32</sup> Bei einer (lediglich) *inter partes* erfolgenden Aufhebung (bzw. bereits bei einer auf dieses Rechtsverhältnis beschränkten Anfechtung) erwächst die Entgeltgenehmigung hinsichtlich der anderen Rechtsverhältnisse aber in Bestandskraft. Ob sie insoweit den materiell-rechtlichen Anforderungen entspricht, spielt daher insoweit (jenseits eines etwaigen Verfahrens zur Durchbrechung der Bestandskraft nach §§ 48 ff. VwVfG) keine Rolle mehr. Bei Bescheidung des nur noch auf das konkrete Rechtsverhältnis beschränkten Rumpfgenehmigungsantrags würde daher die materielle Rechtslage unabhängig von diesem Rechtsverhältnis beurteilt und lediglich der Rechtsfolgenauspruch hierauf beschränkt. Dass es in der Folge zu unterschiedlichen genehmigten Entgelten kommt, ist schlicht Folge der *inter partes*-Wirkung einer gerichtlichen Aufhebung. Insoweit hat das BVerwG zum Telekommunikationsrecht bereits völlig zu Recht entschieden, dass eine unterschiedliche Behandlung einzelner Leistungsnachfrager sogar gerade auch im Sinne der entgeltregulatorischen Vorgaben sachlich gerechtfertigt ist, wenn sie lediglich auf den rechtlichen Wirkungen der Bestandskraft beruht, die im Verhältnis zu denjenigen Adressaten eingetreten ist, die von einer Klage abgesehen haben (und, so muss man hinzufügen, das entsprechende Klagerisiko nicht eingegangen sind).<sup>33</sup> Und nach Aufhebung der ursprünglichen Entgeltgenehmigung *inter partes* hat sie in diesem Verhältnis gerade keinen Bestand mehr, bedarf dieser insoweit also gerade auch keines Schutzes vor einer einseitigen Einflussnahme des regulierten Unternehmens.

#### b) Dogmatische Grundlagen für die Verneinung einer Klagebefugnis

Ob überhaupt ein noch bescheidungs-fähiger (*inter partes*-) Genehmigungsantrag vorliegt, lässt das BVerwG letzten Endes aber dahinstehen. Denn jedenfalls bestehe keine Rechtsgrundlage für einen (Neu-) Bescheidungsanspruch des Klägers (Rn. 28). Wie auch im Telekommunikations- und Eisenbahnrecht sei Ausgangspunkt der *Ex-ante*-Entgeltregulierung der Genehmigungsantrag des regulierten Unternehmens (hierzu und zum Folgenden Rn. 31): Zum einen solle diesem der weitestmögliche Einfluss auf die Entscheidung über die Höhe des genehmigten Entgelts erhalten werden.<sup>34</sup> Und zum anderen solle so die Identität des dem Antrag zugrundeliegenden Leistungsbegriffs gewahrt werden.<sup>35</sup> Vor diesem Hintergrund stehe einem Dritten neben der Befugnis zur Anfechtung einer dem regulierten Unternehmen erteilten Entgeltgenehmigung keine Klagebefugnis für eine Verpflichtung der Bundesnetzagentur zur Bescheidung eines Entgeltgenehmigungsantrags des regulierten Unternehmens zu. Den insoweit alleine gebotenen (Anfechtungs-) Rechtsschutz habe der Kläger vorliegend durch das Urteil des VG Köln erhalten (Rn. 32).

Diese Begründung erscheint zumindest missverständlich. Ein etwaiger (Neu-) Bescheidungsanspruch würde sich definitionsgemäß auf einen Entgeltgenehmigungsantrag des regulierten Unternehmens beziehen. In diesem Antrag kommt aber gerade der originäre Zugriff des regulierten Unternehmens auf die Entscheidung über die Höhe des genehmigten Entgelts wie auch auf die Bestimmung der dem Antrag zugrundeliegenden Leistung zum Ausdruck. Die diesbezügliche Entscheidungsfreiheit des regulierten Unternehmens würde durch den (Neu-) Bescheidungsantrag eines Dritten nur beeinträchtigt, wenn dieser Antrag auf die Genehmigung des Entgelts in einer bestimmten (geringeren) Höhe gerichtet wäre.<sup>36</sup> Ist er hingegen ohne entsprechende Begrenzung allein auf eine (Neu-) Bescheidung des Antrags gerichtet, fehlt es an einer solchen Beeinträchtigung. Entsprechendes gilt jedenfalls wertungsmäßig, wenn der (Neu-) Bescheidungsantrag – wie im vorliegenden Verfahren – nur die Berücksichtigung der in Bezug auf die ursprüngliche, nunmehr aber aufgehobene Genehmigung des Entgelts ergangenen Rechtsprechung anmahnt.<sup>37</sup> Denn diese Rechtsprechung markiert lediglich Eckpunkte für eine rechtmäßige Entgeltgenehmigung. Es ist nicht ersichtlich, warum der vorrangige Zugriff des regulierten Unternehmens sich auch auf die Einhaltung der rechtlichen Genehmigungsvorgaben erstrecken sollte.

30 BVerwG, N&R 2017, 44, 44 Rn. 10 (Urt. v. 17.8.2016 – Az. 6 C 50.15).

31 BVerwG, Buchholz 442.066 § 37 TKG Nr. 4 Rn. 23 (Urt. v. 9.5.2012 – Az. 6 C 3.11).

32 So das Argument des BVerwG, N&R 2017, 44, 44 Rn. 10 (Urt. v. 17.8.2016 – Az. 6 C 50.15).

33 BVerwG, N&R 2014, 46, 56 Rn. 72 (Urt. v. 25.9.2013 – Az. 6 C 13.12).

34 Zum Telekommunikationsrecht so: BVerwG, N&R 2009, 264, 264 f. Rn. 14 (Urt. v. 24.6.2009 – Az. 6 C 19.08); Buchholz 442.066 § 33 TKG Nr. 1 S. 3 = Rn. 15 (juris) (Urt. v. 25.4.2001 – Az. 6 C 6.00).

35 Zum Telekommunikationsrecht so: BVerwG, N&R 2015, 184, 185 Rn. 13 (Urt. v. 25.2.2015 – Az. 6 C 37.13); 2009, 264, 265 Rn. 15 (Urt. v. 24.6.2009 – Az. 6 C 19.08).

36 So stellte sich jedenfalls in Bezug auf einen Teil der Anträge die Situation etwa in den Verfahren dar, die den Entscheidungen BVerwG, Buchholz 442.066 § 33 TKG Nr. 4 Rn. 16 (Urt. v. 16.12.2015 – Az. 6 C 27.14); Buchholz 442.066 § 35 TKG Nr. 10 Rn. 14 (Urt. v. 1.4.2015 – Az. 6 C 38.13); N&R 2015, 184, 185 Rn. 14 (Urt. v. 25.2.2015 – Az. 6 C 37.13), zugrunde lagen.

37 A. A. BVerwG, Buchholz 442.066 § 33 TKG Nr. 4 Rn. 16 (Urt. v. 16.12.2015 – Az. 6 C 27.14); N&R 2015, 184, 185 Rn. 14 (Urt. v. 25.2.2015 – Az. 6 C 37.13), das (in Bezug auf die dortigen Klageanträge zu I. 3. bzw. II.) auch hierin das Begehren sieht, den Antrag „in bestimmter Weise“ zu bescheiden.

Jedenfalls im Ergebnis ist dem BVerwG aber zuzustimmen, blickt man auf das subjektive Recht, das der Rechtsprechung zu Klagen Dritter gegen Entgeltgenehmigungen zugrunde liegt. Dieses ergibt sich, wie gezeigt, nach mittlerweile gefestigter Rechtsprechung aus Art. 2 Abs. 1 GG, da nicht nur das regulierte Unternehmen, sondern auch Dritte durch die Genehmigungspflicht daran gehindert werden, das Entgelt für die (von ihnen nachgefragten) Leistungen frei zu verhandeln.<sup>38</sup> Auch durch die Genehmigung eines den gesetzlichen Vorgaben entsprechenden Entgelts würde sich nichts an dieser Grundrechtsbeschränkung ändern. Es würde lediglich ein rechtswidriger Eingriff durch einen rechtmäßigen Eingriff ersetzt.

*c) Keine Notwendigkeit eines Drittschutzes zur Wahrung des universaldienstrechtlichen Kontrahierungszwangs*

Der klagende Verein weitete den Blick daher auf den Vertragsschluss selbst: Da Verträge unwirksam seien, wenn die in ihnen enthaltenen Entgelte genehmigungspflichtig sind, es aber an einer Genehmigung fehlt (§ 23 Abs. 2 S. 2 PostG 1998), werde sein Anspruch auf Abschluss von Verträgen über Universaldienstleistungen aus § 3 PDLV beeinträchtigt (hierzu und zum Folgenden Rn. 33). Auch für die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung ungültiger Verträge sei er auf eine das Rechtsverhältnis zu ihm erfassende Entgeltgenehmigung angewiesen.

Das BVerwG stimmt dem Kläger zunächst dahingehend zu, dass § 3 PDLV ihm einen Anspruch auf Zustimmung zum Vertragsschluss gegenüber der Beklagten vermittele, da diese Universaldienstleistungen nach § 56 PostG erbringe (Rn. 36). Allerdings – und damit vollzieht das BVerwG eine ausdrückliche Kehrtwende von seiner bisherigen Rechtsprechungslinie zum Postrecht<sup>39</sup> (Rn. 39) – seien die zwischen dem Kläger und dem regulierten Unternehmen geschlossenen Verträge vorliegend nicht insgesamt, sondern nur hinsichtlich der in ihnen enthaltenen Entgeltabrede bis zur Genehmigung des Entgelts schwebend unwirksam (hierzu und zum Folgenden Rn. 37). Zwar seien nach dem Wortlaut von § 23 Abs. 2 S. 2 PostG 1998 bei fehlender Genehmigung eines genehmigungsbedürftigen Entgelts „die Verträge unwirksam“. Diese Rechtsfolge sei jedoch teleologisch zu reduzieren. Eine solche Korrektur des Gesetzeswortlauts ist anerkanntermaßen zulässig, wenn der Wortlaut einer Vorschrift mit Blick auf ihren Normzweck zu weit gefasst ist und ihre Anwendung deshalb zu sinnwidrigen Ergebnissen führen würde.<sup>40</sup>

§ 23 Abs. 2 S. 2 PostG 1998 solle sicherstellen, dass alle Entgelte, die genehmigungspflichtig sind, auch tatsächlich der Bundesnetzagentur zur Genehmigung vorgelegt werden<sup>41</sup> (hierzu und zum Folgenden Rn. 38). Dieser Zweck sei aber erreicht, wenn die Bundesnetzagentur auf einen Genehmigungsantrag des regulierten Unternehmens hin die Entgelte genehmigt hat. Fehle die notwendige Entgeltgenehmigung nur deshalb, weil sie in Folge der Drittanfechtungsklage eines Postkunden im Verhältnis inter partes aufgehoben wurde, fordere der Normzweck gerade nicht die Unwirksamkeit der bereits geschlossenen oder noch zu schließenden Verträge insgesamt (hierzu und zum Folgenden Rn. 39). Vielmehr sei es in dieser Konstellation ausreichend, dass die vertragliche Entgeltabrede bis zur Genehmigung der Entgelte schwebend unwirksam ist. In dem betreffenden Rechtsverhältnis könne das regulierte Unternehmen während der Dauer der Entgeltperiode kein Entgelt für die von ihm erbrachten oder zu erbringenden Leistungen beanspruchen, bis es sich eine neue Entgeltgenehmigung beschafft. Diese einschränkende Auslegung von § 23 Abs. 2 S. 2 PostG werde für Universaldienstleistungen noch verfassungs- und unionsrechtlich untermauert (Rn. 40), gelte aber unabhängig davon (Rn. 34, 37).

Diese Ausführungen des BVerwG überzeugen grundsätzlich und führen auch zu einem Gleichlauf mit der Rechtslage im Bereich der Telekommunikation<sup>42</sup> und wohl auch der Eisenbahn<sup>43</sup>. Es könnte zwar zu erwägen sein, ob die teleologische Reduktion ihrerseits gewissermaßen teleologisch zu reduzieren ist, wenn der Grund für die Aufhebung der ursprünglichen Entgeltgenehmigung in einem Verstoß gegen § 20 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 (und ggf. Nr. 3) PostG 1998 liegt. Denn wenn von zu niedrigen Entgelten eine Dumping- und/oder Diskriminierungsgefahr ausgeht, würde das erst recht für eine völlig kostenfreie Leistungserbringung gelten. Angesichts des Umstands, dass der von einer solchen Erhebung zu niedriger Entgelte betroffene Dritte die Entgeltgenehmigung angefochten haben müsste, dürfte es sich dabei freilich um eine eher theoretische Überlegung handeln.

Fraglich ist aber, ob es gerechtfertigt ist, wenn das BVerwG die hiesige Fallkonstellation zu der Situation abgrenzt, in der das regulierte Unternehmen bereits keinen Entgeltgenehmigungsantrag stellt. Als Begründung führt es aus, dass hier die in der Anordnung der nicht heilbaren Unwirksamkeit des Vertrags liegende Sanktion gerechtfertigt sei (Rn. 38).<sup>44</sup> So einsichtig das hinsichtlich der Entgeltabrede ist, so zweifelhaft erscheint diese Wertung jedoch bezüglich der korrespondierenden Leistungspflicht.<sup>45</sup> Wenn es nicht möglich ist, Verträge mit dem regulierten Unternehmen zu schließen, auf deren Grundlage dieses Unternehmen rechtlich zur Leistungserbringung – hier: der Postbeförderung – verpflichtet ist, können Nachfrager – in diesem Fall: Postkunden – entsprechende Leistungen von diesem Unternehmen jedenfalls nicht in rechtssicherer Weise in Anspruch nehmen. Auf wettbewerblichen Märkten könnten Nachfrager zwar zu einem anderen Anbieter wechseln, so dass der Regelung tatsächlich ein auf das regulierte Unternehmen beschränkter Sanktionscharakter zukäme. Fehlt es – wie bei der Postbeförderung für Privatkunden – aber wegen der überragenden, monopolnahen Stellung des regulierten Unternehmens an einem solchen Wettbewerbsmarkt, trifft die Sanktion auch die Leistungsnachfrager. Für den konkret betroffenen Bereich der Universaldienstleistungen wird das noch zusätzlich (aber auch hier nicht entscheidend) dadurch akzentuiert, dass es Postkunden unmöglich gemacht würde, ihren Kontrahierungsanspruch durchzusetzen. Auch schon in der Konstellation eines vollständig fehlenden Entgeltantrags erscheinen diese Konsequenzen als zu weitreichend, vom Sinn und Zweck der Unwirksamkeitsanordnung nicht geboten und mit Blick auf die Grundrechte der Leistungsnachfrager kaum verhältnismäßig. Im Gegenteil würde eine teleologische

38 Siehe oben, in und bei Fn. 12, 13 und 16.

39 BVerwG, N&R 2020, 310, 316 Rn. 67 (Urt. v. 27.5.2020 – Az. 6 C 1 19).

40 BGH, BB 2023, 1507, 1511 Rn. 36 (Urt. v. 30.11.2022 – Az. VIII R 15/19); 2022, 847, 847 Rn. 57 (Urt. v. 21.2.2022 – Az. VIa ZR 8/21); NJW 2012, 376, 377 Rn. 16 (Urt. v. 7.12.2011 – Az. IV ZR 50/11); siehe auch BFH, BB 2022, 2720, 2723 Rn. 34 (Urt. v. 9.6.2022 – Az. IV R 4/20).

41 So auch Lübbig (Fn. 24), § 23 Rn. 1 und 15. Das BVerwG und Lübbig beziehen sich dabei auf die Gesetzesmaterialien zu § 23 Abs. 1 PostG 1998 – Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 13/7774, 17, 26 (zu § 22 Abs. 1 RegE) –, der allerdings mit dem an das regulierte Unternehmen gerichteten Verbot, andere als die genehmigten Entgelte zu verlangen, eine materiell ganz anders gestaltete Regelung enthält als § 23 Abs. 2 S. 2 PostG 1998.

42 Nach § 37 Abs. 3 S. 1 TKG 2004 bzw. § 44 Abs. 3 S. 1 TKG bleibt eine vertragliche Verpflichtung zur Erbringung der Leistung unabhängig vom Vorliegen einer Entgeltgenehmigung bestehen.

43 Aus § 33 Abs. 2 S. 2, § 45 Abs. 2 S. 2 ERRegG dürfte sich ergeben, dass bei Vereinbarung eines nicht genehmigten Entgelts nur die „Entgeltvereinbarung“ in den Verträgen unwirksam ist.

44 So auch BGH, N&R 2021, 252, 253 Rn. 24 (Urt. v. 4.3.2021 – Az. III ZR 39/20) m. Anm. Libek.

45 Von einer nicht heilbaren Unwirksamkeit ausgehend aber auch Lübbig (Fn. 24), § 23 Rn. 16.

Reduktion, in deren Folge das regulierte Unternehmen vertraglich zur Leistungserbringung verpflichtet bliebe, gerade auch in dieser Konstellation den Sanktionszweck sogar noch besser erreichen. Entgehen dem Unternehmen nicht nur die Einnahmen, sondern ist es überdies mit den Kosten der Leistungserbringung belastet, hat es einen deutlich stärkeren Anreiz, einen Genehmigungsantrag zu stellen. Und auch grundrechtlich dürfte dagegen nichts zu erinnern sein, da es das regulierte Unternehmen selbst in der Hand hat, diesen Zustand zu ändern. Es spricht daher viel dafür, dass § 23 Abs. 2 S. 2 PostG 1998 generell im Sinne des hier besprochenen Urteils teleologisch zu reduzieren ist.

Dogmatisch lenkt dies den Blick auf die Frage, welches subjektive Recht eigentlich hinter entsprechenden Ansprüchen drittbetroffener Postkunden steht. Die Privatautonomie schützt nicht lediglich die Freiheit, Entgelte vertraglich frei zu vereinbaren. Sie schützt vielmehr gerade auch die dem zugrundeliegende Freiheit, Verträge als solche abzuschließen. Die Unwirksamkeitssanktion aus § 23 Abs. 2 S. 2 PostG 1998 beschränkt nicht nur das regulierte Unternehmen, sondern auch seine Kunden in dieser Freiheit, wenn sie sich auf den gesamten Vertrag bezieht. Bei Lichte betrachtet steht hinter dem vorliegend mit dem Neubescheidungsanspruch geltend gemachten Klagebegehren somit überhaupt nicht das subjektive Recht, Entgelte vertraglich vereinbaren zu können. Wie das BVerwG zu Recht entschieden hat, wird dieser Rechtsposition bereits mit der Aufhebung einer rechtswidrigen Entgeltgenehmigung genüge getan (Rn. 32). In Wirklichkeit gründet das Begehren auf Neubescheidung vielmehr in dem in der Privatautonomie wurzelnden subjektiven Recht, überhaupt Verträge mit dem regulierten Unternehmen schließen zu können. In dieser Rechtsposition können Postkunden – wie auch andere Kunden regulierter Netzwirtschaftsunternehmen – betroffen sein, wenn es ihnen nicht möglich ist, Verträge mit dem regulierten Unternehmen zu schließen, die zumindest jenseits der Entgeltabrede wirksam sind. Eine entsprechende Klagebefugnis kann nur ausgeschlossen werden, wenn die einfachrechtliche Ausgestaltung einen solchen „kupierten“ Vertragsschluss ermöglicht.

## 2. Unzulässigkeit des auf eine Aufforderung des regulierten Unternehmens gerichteten Antrags

Soweit der klagende Verband darüber hinaus eine Verpflichtung der Bundesnetzagentur erreichen wollte, das regulierte Unternehmen aufzufordern, einen neuen Genehmigungsantrag für das zwischen beiden bestehende Rechtsverhältnis zu stellen, erachtete das BVerwG die Klage ebenfalls als unzulässig (Rn. 41). So habe der Verein in dem vorangegangenen Verwaltungsverfahren schon nicht den für ein entsprechendes Verpflichtungsbegehren grundsätzlich und auch vorliegend erforderlichen (Rn. 42) Antrag bei der Bundesnetzagentur gestellt (Rn. 43 ff.). Unabhängig davon fehle ihm jedenfalls die Klagebefugnis für ein entsprechendes Begehren, wobei das BVerwG zur Begründung auf den fehlenden Anspruch auf (Neu-) Bescheidung verweist (Rn. 47). Das überzeugt grundsätzlich (aber unter den dort angebrachten Einschränkungen): Es ist nicht ersichtlich, warum jemand einen Anspruch gegen die Bundesnetzagentur haben sollte, das regulierte Unternehmen zum Stellen eines Entgeltgenehmigungsantrags aufzufordern, der keinen Anspruch auf (Neu-) Bescheidung eines solchen Antrags hat.

## III. Praxisfolgen

Das Revisionsverfahren hat der klagende Verein zwar verloren. Mit der Entscheidung, dass er bis zum Ergehen einer neuen Entgeltgenehmigung einen vertraglichen Anspruch

auf Beförderungsleistungen hat, für welche das regulierte Unternehmen kein Entgelt erheben darf, hat er aber zumindest wirtschaftlich einen beachtlichen Teilerfolg erzielt. Solange keine neue Entgeltgenehmigung inter partes ergeht, hätte er während der Geltungsdauer der ursprünglichen Genehmigung weiterhin Beförderungsverträge mit dem regulierten Unternehmen abschließen können, ohne seinerseits zur Entgeltzahlung verpflichtet zu sein. Bereits gezahlte Entgelte dürfte er vollumfänglich zurückfordern können. Da – wie das BVerwG zu Recht betont (Rn. 39) – das Zivilrecht hier dem öffentlichen Recht folgt, dürfte ein solcher Anspruch insbesondere auch in einem bereicherungsrechtlichen Rückforderungsprozess vor den Zivilgerichten nicht durch den Wert der erlangten Beförderungsleistung gemindert sein. Denn dieser Wert ergibt sich normativ eben ausschließlich aus einer entsprechenden Entgeltgenehmigung.

Für die künftige Rechtsanwendung dürfte das Urteil des BVerwG allerdings von eher überschaubarer Bedeutung sein. Zwar sieht auch das am 19. Juli 2024 in Kraft getretene neue PostG<sup>46</sup> eine umfassende Ex-ante-Regulierung von Endkundenentgelten vor. Denn nach § 40 Abs. 1 S. 1 PostG bedürfen u. a. Entgelte, die ein marktbeherrschenden Unternehmen für Universaldienstleistungen nach § 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 2 PostG erhebt, der Genehmigung durch die Bundesnetzagentur. Und diese Universaldienstleistungen umfassen insbesondere die Beförderung von (normal dimensionierten) Briefsendungen bis 2000 Gramm.<sup>47</sup> Allerdings sieht § 48 Abs. 3 PostG nunmehr ausdrücklich vor, dass bei schwebender Unwirksamkeit der Entgeltabrede bis zur Genehmigung des Entgelts eine vertragliche oder gesetzliche Beförderungspflicht bestehen bleibt, wenn es trotz Genehmigungsbedürftigkeit an einem genehmigten Entgelt fehlt. Die Entscheidung des BVerwG hat somit die neue Rechtslage gewissermaßen vorweggenommen (siehe auch den expliziten Hinweis in Rn. 39). Offen bleibt allerdings die Frage, ob diese Regelung allein die hier streitgegenständliche Konstellation einer nachträglichen Aufhebung der Genehmigung betrifft oder in allen Fällen gilt, in denen eine Genehmigung noch nicht erteilt wurde, also auch, wenn das regulierte Unternehmen keinen Genehmigungsantrag gestellt hat. Wortlaut, Entstehungsgeschichte<sup>48</sup> und, wie oben (unter II. 1. c)) gezeigt, Sinn und Zweck sprechen für das letztgenannte weite Verständnis.<sup>49</sup>

<sup>46</sup> Art. 1 des Gesetzes zur Modernisierung des Postrechts (Postrechtsmodernisierungsgesetz – PostModG) v. 15.7.2024, BGBl. 2024 I Nr. 236; zum Gesetzentwurf ausführlich *Gramlich*, N&R 2024, 26.

<sup>47</sup> Obwohl § 40 Abs. 1 S. 1 PostG nur auf § 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 2 PostG verweist, dürften darüber hinaus auch die Ausnahmen nach § 16 Abs. 2 PostG zu beachten sein, so dass u. a. Sendungen, die zu individuell vereinbarten Bedingungen befördert werden (§ 16 Abs. 2 Nr. 3 lit. a PostG), nicht der Entgeltgenehmigungspflicht unterfallen.

<sup>48</sup> Der Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 20/10283, 78, 126 (zu § 48 Abs. 3), zufolge gilt § 48 Abs. 3 PostG, „wenn für eine genehmigungsbedürftige Leistung eine Genehmigung (noch) nicht erteilt worden ist“. Das ist auch der Fall, wenn bereits kein Genehmigungsantrag gestellt wurde.

<sup>49</sup> So auch für die entsprechenden Bestimmungen in § 44 TKG *Louven*, in: *Säcker/Körber*, TKG – TTDSG, 4. A., 2023, § 44 TKG Rn. 35 f., und wohl auch *Jochum*, in: *Geppert/Schütz*, Beck'scher TKG-Kommentar, 5. A., 2023, § 44 Rn. 13. Auch die Gesetzesmaterialien zum TKG 2004 gehen davon aus, mit der erstmals in § 37 Abs. 3 TKG 2004 eingeführten Regelung werde lediglich „klargestellt ...“, dass ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auch ohne Entgeltgenehmigung zur *vertraglich vereinbarten* Leistung verpflichtet bleibt“, siehe die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 15/2315, 55, 70 (zu § 35 RegE) (Hervorhebungen hinzugefügt).